

Sentencia T-708 de 2009

Referencia: expediente T-2322589

Acción de tutela instaurada por Marc Marcel Elmoznino contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Ponente

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Bogotá D.C. seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Maria Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C. y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela instaurada por Marc Marcel Elmoznino contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El ciudadano Marc Marcel Elmoznino interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital que habrían sido vulnerados como consecuencia de la ocurrencia de los siguientes

1.1.- Hechos:

1. Desde 1973 hasta 2001 el peticionario cotizó interrumpidamente al Sistema General de Pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida a cargo del I.S.S.

2. En el 2001, el peticionario decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezar a cotizar a través del Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

3. El actor afirmó que sufría de una sensación anormal en sus extremidades inferiores (parestesia) que le impedía desplazarse con normalidad y, por lo tanto, seguir trabajando y seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Sin embargo, esta patología no le permitía lograr el porcentaje requerido por la Ley para acceder a la pensión de invalidez.

4. Teniendo en cuenta que tenía 70 años de edad¹ y que no le era posible seguir trabajando, el actor solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva con el propósito de abrir un negocio y obtener una fuente de ingresos para asegurar su subsistencia. Sin embargo, Porvenir S.A. negó tal solicitud argumentando que, por disposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de conformidad con el artículo 61 literal b) de la ley 100 de 1993, las personas pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, para obtener la devolución de sus aportes, necesitaban haber cotizado al menos 500 semanas al fondo de pensiones privado, requisito que no cumplía el peticionario.

5. En este sentido, afirmó el peticionario que el Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que: “para ese despacho, es claro que las personas que se trasladan al régimen de ahorro individual y que en la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenían 55 años si son hombres o 50 años si son mujeres, están excluidas del régimen, a no ser que cumplan el requisito de cotizar por lo menos las 500 semanas que establece el artículo 61”².

6. A continuación el actor expresó que era un sujeto de especial protección porque pertenecía a la tercera edad, estaba enfermo, no podía trabajar y no contaba con los recursos necesarios para asegurar su subsistencia, circunstancias que lo ponían en

estado de debilidad manifiesta. Adujo, en su demanda, que ésta situación violaba su derecho a la igualdad pues se encontraba en un estado de inferioridad respecto de los demás ciudadanos que sí podían trabajar y seguir cotizando al Sistema General de Pensiones.

7. Finalmente, el peticionario citó la parte resolutive de la sentencia T-237/08 de esta Corporación que, según su opinión, ordenaba a la entidad demandada proceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en un caso similar al suyo.

1.2.- Intervención de Porvenir S.A.

En representación del fondo de pensiones Porvenir S.A., el señor Álvaro Ayala Aristizabal solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor Marc Elmoznino respecto de Porvenir S.A., y, en su lugar, ordenar “a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitir y pagar el bono pensional del accionante, ELIMINANDO LA CONDICIÓN DE EXCLUÍDO DEL ACTOR QUE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y LA LEY ES DE ORDEN INCONSTITUCIONAL”³.

Para argumentar su posición, señaló que cualquier violación o amenaza a los derechos fundamentales del actor radicaba en la abstención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) de emitir el bono pensional del peticionario pues, sin su emisión, no era posible proceder a la devolución de los aportes.

En este sentido, afirmó que Porvenir S.A. estaba imposibilitada jurídica y físicamente a pagar la indemnización sustitutiva hasta tanto la OBP del Ministerio de Hacienda no trasladara dichos recursos.

Adicionalmente, explicó que la OBP había rechazado los intentos de Porvenir S.A. en el sentido de adelantar liquidaciones provisionales sobre el bono pensional, insistiendo en que el peticionario se encontraba excluido del régimen de ahorro individual con solidaridad porque no había cotizado un mínimo de quinientas (500) semanas a través del fondo de pensiones privado.

Finalmente, expresó que la OBP fundamentaba su criterio en el artículo 18 del Decreto

3798 de 2003 según el cual los hombres que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran 55 años o más estaban en la obligación de cotizar al menos quinientas (500) semanas en el régimen de ahorro individual con solidaridad para poder acceder a la devolución de saldos.

Sin embargo, afirmó que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, esa norma no le era aplicable al peticionario en la medida en que el decreto antes citado había entrado en vigencia después del traslado del peticionario del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. La norma que le era aplicable era el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, en virtud del cual las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 podían acceder a la devolución de saldos siempre que declararan bajo juramento que estaban en imposibilidad de seguir cotizando.

Por los motivos antes expuesto, Porvenir S.A. consideró que no estaba vulnerando los derechos fundamentales del actor.

1.3.- Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales, señor Gustavo Riveros Aponte, solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el Señor Marc Elmoznino respecto del Ministerio, ordenar al peticionario “regresar al I.S.S. en materia pensional”⁴ y ordenar a Porvenir S.A. trasladar al I.S.S. las cotizaciones realizadas por el actor a través de este fondo de pensiones.

Para fundamentar su posición, arguyó que la devolución de saldos no procedía en el presente caso porque el peticionario no cumplía con el requisito establecido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual, los hombres, que a la entrada en vigencia de la ley, tuvieran 55 años o más, estaban en la obligación de cotizar al menos quinientas (500) semanas en el régimen de ahorro individual con solidaridad para poder trasladarse al nuevo régimen.

En este sentido, el Ministerio estableció que el peticionario nunca se había retirado del régimen de prima media con prestación definida.

A continuación, explicó que debía decretarse la improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, dicha acción no podía convertirse en un medio para pretermitir el trámite administrativo previsto para otorgar los bonos pensionales.

Adicionalmente, citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 9 de febrero de 2005) en la cual se afirmó que la tutela, respecto a las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, sólo procedía para proteger el derecho de petición. Basándose en esta sentencia, solicitó la declaración de improcedencia de la acción de tutela.

Por otra parte, el Ministerio afirmó que, teniendo en cuenta que el peticionario no estaba incluido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se debía concluir que, de acuerdo al artículo 115 de la Ley 100 de 1993, no podía ser beneficiario del bono pensional pues sólo los afiliados al Sistema General de Pensiones podían acceder a este beneficio.

1.4.- Instituto de Seguro Social I.S.S.

El I.S.S. se abstuvo de contestar el escrito de demanda interpuesto por el señor Marc Elmoznino.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

2.1.- Mediante sentencia proferida el día 6 de marzo de 2009, la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá concedió la solicitud de amparo interpuesta por el señor Marc Elmoznino.

En primer lugar, estableció la procedencia de la acción de tutela por ser el peticionario un sujeto de especial protección constitucional y por el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que el amparo debía otorgarse porque la ley

aplicable al caso concreto era el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 en virtud del cual, las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, podían reclamar la devolución de saldos aunque no cumplieran con el requisito de las quinientas (500) semanas cotizadas en el nuevo régimen, siempre que manifestaran bajo juramento su imposibilidad de seguir cotizando.

Finalmente, el Tribunal concluyó que el peticionario cumplía los requisitos previstos en el Decreto 1474 de 1997 y, en consecuencia, la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público estaba en la obligación de expedir el bono pensional del actor.

2.2.- Por medio de escrito presentado dentro del término legal, el Jefe de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señor Gustavo Riveros Aponte, interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia, basándose en varios argumentos.

En primer lugar, afirmó que la tutela no debía proceder porque, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela no podía convertirse en un instrumento para pretermitir los procedimientos legales para otorgar bonos pensionales.

Adicionalmente, afirmó que impugnaba el fallo porque se basaba en “tres (3) sentencias de la Corte Constitucional relativas a la inaplicación del artículo 61 b) de la ley 100 de 1993 que sólo poseen efectos “inter partes” sobre tres casos concretos”⁵

Por último, expresó que se había demostrado que el peticionario estaba excluido del régimen de ahorro individual con solidaridad y, en esta medida, la decisión de conceder el amparo solicitado no era adecuada.

2.3.- Mediante sentencia proferida el día 19 de mayo de 2009, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, revocó la decisión impugnada y decidió no tutelar los derechos del peticionario. Consideró que la acción de tutela era improcedente debido a que la existencia de un perjuicio irremediable no se encontraba probada dentro del proceso.

Adicionalmente, afirmó que el juez de tutela era incompetente para resolver la presente tutela pues el conflicto que se desprendía del caso era de carácter estrictamente legal.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia

1. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema jurídico y esquema de resolución.

2. La Sala estima que, para resolver el caso concreto, debe dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿desconoce el derecho fundamental a la seguridad social la decisión de no emitir el bono pensional de un afiliado que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por no haber cotizado al menos quinientas (500) semanas desde su traslado?

3. Para responder esta pregunta, en primer lugar, la Sala procederá a revisar la jurisprudencia de esta Corporación a propósito de la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de derechos pensionales de personas de la tercera edad. En segundo lugar, establecerá cuáles son las normas aplicables en materia de devolución de aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Finalmente, resolverá el caso concreto.

3.- Reiteración jurisprudencial a propósito de la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales de personas de la tercera edad.

4. En abundante jurisprudencia⁶, esta Corporación ha señalado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de los derechos pensionales.

En efecto, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las prestaciones pensionales imponen su improcedencia cuando el peticionario tiene otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos.

5. Sin embargo, cuando, dadas las circunstancias del caso concreto, los medios de

defensa judicial ordinarios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales del peticionario o cuando se puede prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente.

En este sentido, esta Corporación ha afirmado lo siguiente:

“La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”⁷

6. Por otra parte, esta Corporación ha señalado que, cuando el amparo de los derechos prestacionales es solicitado por personas de la tercera edad, los requisitos de procedencia de la acción de tutela deben ser analizados con mayor flexibilidad en atención a que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional.

De esta manera, en la sentencia T-456 de 2004, esta Corporación expresó que:

“...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional -esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema.”⁸

Por lo tanto, cuando el peticionario pertenece a la tercera edad, el juez constitucional debe declarar la procedencia de la acción de tutela aunque disponga de otro medio de defensa judicial para solicitar las prestaciones pensionales⁹.

7. Por lo demás, cuando el medio judicial ordinario es ineficaz para proteger los derechos fundamentales, como en los casos en los que el peticionario es de la tercera

edad, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección.

Así, se manifestó la Corte en la sentencia T-083 de 2004 10 en la que afirmó lo siguiente:

“(…) [P]uede concluirse que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos. (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado”.

De igual forma, en la sentencia T-001 de 2009, esta Corporación estableció que:

“(…) someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a un adulto mayor con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder a un trabajo, resulta muy gravoso para él, con serios perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar, menguando su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas.”

8. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento y pago de los derechos pensionales, incluida la devolución de los aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Sin embargo, excepcionalmente es procedente para evitar un perjuicio irremediable o cuando los medios judiciales ordinarios disponibles no son adecuados para proteger los derechos del peticionario. En todo caso, cuando el actor es un sujeto de

especial protección, el juez de tutela debe estudiar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela con mayor flexibilidad.

4. - En materia de devolución de aportes, se aplican las normas vigentes en el momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Reiteración de jurisprudencia.

9. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación¹¹, el derecho al bono pensional se adquiere en el momento en el que la persona se traslada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así, en la sentencia T-910 de 2006 esta Corporación afirmó que:

“La administración no puede desconocer las características con las cuales nació el bono, momento que se remonta a aquel en el cual se produjo el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En efecto, si el derecho a la emisión nace con el traslado de la obligación correlativa de emitir por parte de la Nación y las demás entidades cuotapartistas se genera en ese mismo momento (...). En consecuencia, la obligación de emitir el bono nace en el momento del traslado y será la normatividad vigente para dicho momento la que se aplica, así la liquidación del mismo se produzca con posterioridad.”

En virtud de lo antecedente, hay que distinguir dos eventos diferentes: el derecho al bono pensional, que se adquiere desde el momento del traslado, y su liquidación, que se produce con posterioridad al nacimiento de la obligación. Como el derecho nace con el traslado, se debe reconocer y liquidar de acuerdo a las normas vigentes en ese momento.

11. Con fundamento en las consideraciones hasta ahora expuestas, procede la Sala de Revisión a examinar si la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna, interpuesta por el peticionario como consecuencia del no pago de su bono pensional, está llamada a prosperar.

5.- Caso concreto

12. El ciudadano Marc Marcel Elmoznino interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital que habrían sido vulnerados como consecuencia de la negativa a reconocerle la devolución de los saldos de su cuenta individual de ahorro.

En el año 2001, el peticionario se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a cotizar a través del fondo de pensiones Porvenir S.A. Debido a su precario estado de salud y a su avanzada edad, el peticionario dejó de trabajar y, en consecuencia, de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Cuando cumplió setenta (70) años de edad, solicitó a Porvenir S.A. la devolución de los saldos de su cuenta de ahorro individual. Sin embargo, su solicitud fue denegada puesto que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) se negó a emitir su bono pensional basándose en lo dispuesto en el literal b del artículo 61 de la ley 100 de 199312.

13. Corresponde ahora a la Sala determinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente para tutelar los derechos fundamentales del peticionario.

14. Aunque a juicio de esta Corporación el peticionario cuenta con un medio ordinario para hacer valer sus derechos, la acción de tutela es procedente debido a que su avanzada edad hace que el medio judicial ordinario sea inadecuado para proteger sus derechos fundamentales. Así, mediante copia de su pasaporte francés¹³ y de su cédula de extranjería de residente¹⁴ expedida por el D.A.S., el actor demostró que tiene setenta y un (71) años de edad de manera que se trata de un sujeto de especial protección que no debe ser sometido a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios. Adicionalmente, el actor demostró, mediante declaración juramentada ante notaria¹⁵, cuyos hechos no fueron controvertidos por ninguna de las entidades demandadas, que está en imposibilidad de trabajar debido a múltiples afecciones de salud que le impiden caminar normalmente.

Por estos motivos, la Sala encuentra que los argumentos esgrimidos por los jueces de

segunda instancia para declarar la improcedencia de la acción de tutela no son válidos pues la inexistencia de un perjuicio irremediable, de presentarse, no es razón suficiente para establecer su improcedencia. En efecto, no tuvieron en cuenta que el peticionario pertenece a la tercera edad y, por este motivo, negaron su procedencia, desconociendo la jurisprudencia que esta Corte ha sentado en la materia.

15. En este mismo sentido, la Sala estima que el argumento de la O.B.P. del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según el cual la presente acción de tutela es improcedente debido a que lo que pretende el peticionario es pretermitir el trámite administrativo previsto para otorgar los bonos pensionales, no es de recibo.

En efecto, Porvenir S.A. afirmó, en la contestación de la demanda, que: “dentro del caso en estudio PORVENIR adelantó las gestiones de rigor pertinentes, pero el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se ha abstenido a EMITIR el aludido con el argumento que se encuentra (sic) cobijado por el inciso b del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

Es así que (sic) mediante el sistema interactivo la Oficina de Bonos Pensionales rechaza cualquier intento de PORVENIR en el sentido de adelantar liquidaciones provisionales sobre el bono pensional, insistiendo (sic) que el señor MARC MARCEL ELMOZNIN SE ENCUENTRA EXCLUIDO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD”¹⁶

Además, Porvenir S.A. anexó copia del oficio No. 2421 del día 15 de mayo de 2002 emitido por la O.B.P. del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dirigido a todas las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad¹⁷, en el que se establece que la política de esa entidad es negar la expedición y liquidación de los bonos pensionales de los hombres que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, tuvieran 55 años o más y no hayan cotizado al menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen.

Por estos motivos, en el caso concreto y de acuerdo a lo afirmado por Porvenir S.A., para darle trámite a la solicitud interpuesta por el peticionario, esta entidad agotó el trámite administrativo pues solicitó a la O.B.P. del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la expedición del bono pensional a favor del peticionario. Dicha solicitud fue negada de conformidad con la política establecida en el oficio No. 2421 del día 15 de mayo

de 200918.

16. Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela, la Corte debe entrar a determinar si alguna de las entidades demandadas vulneró los derechos fundamentales del actor al negarse, por un lado, a reconocer la devolución de los aportes y, por otro lado, a expedir el bono pensional.

17. Conforme a lo señalado con antelación, el derecho al bono pensional se adquiere en el momento en el que la persona se traslada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo tanto, la emisión del bono debe hacerse de acuerdo a las normas vigentes en el momento en el que se adquirió el derecho.

18. En el caso concreto, en el “Contrato Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir”¹⁹ aparece que el peticionario se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 1 de abril de 2000.

Por lo tanto, la emisión del bono pensional debe ceñirse a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, y no a lo establecido en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003 que entró en vigencia tres años después del traslado del peticionario al régimen de ahorro individual con solidaridad.

19. En consecuencia, el peticionario puede reclamar la devolución de saldos aunque no cumpla con el requisito de las quinientas (500) semanas cotizadas en el nuevo régimen pues manifestó bajo la gravedad del juramento su imposibilidad de seguir cotizando y, de esta manera, cumplió con el único requisito establecido en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, que dispone lo siguiente:

“Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar”.

20. Por consiguiente, la Sala considera que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) ha vulnerado el derecho a la seguridad social del peticionario al negarse a expedir el bono pensional basándose en la aplicación de una norma que entró en vigencia con posterioridad al traslado del peticionario del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida. En efecto, fue precisamente en esa fecha que se radicó en cabeza del actor el derecho al bono pensional y, correlativamente, nació la obligación a cargo de la OBP de emitirlo.

21. Adicionalmente, la Sala recuerda que esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia²⁰ que el juez de tutela, en virtud del principio de equidad que orienta las actuaciones judiciales y administrativas (art. 230 y 29 de la Constitución), debe aplicar el contenido del artículo 61 de la ley 100 de 1993 atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto²¹.

Es decir que la imposición del requisito de las quinientas (500) semanas, sólo se puede aplicar a aquellas personas que están en capacidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones²²

22. Así las cosas, la Sala encuentra que la actitud de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) ha creado una situación inequitativa que perjudica gravemente al peticionario pues exigirle que cotice cuatrocientos sesenta (460) semanas adicionales a las cuarenta (40) que ya cotizó, desde que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, es pedirle el cumplimiento de un imposible.

23. Por los motivos antes expuestos, la Sala procederá a revocar la decisión de segunda instancia y, en su lugar, confirmará la decisión de primera instancia que concedió el amparo judicial del derecho fundamental a la seguridad social del demandante.

En esta medida, ordenará al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda llevar a cabo el reconocimiento y pago del bono pensional. Cumplida esta determinación, ordenará al representante legal de Porvenir S.A. que reconozca la devolución de los saldos a favor del peticionario.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el día 19 de mayo de 2009 y CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el día 6 de marzo de 2009, en la acción de tutela instaurada por Marc Elmoznino contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su lugar, CONCEDER amparo judicial del derecho fundamental a la seguridad social del accionante.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague el bono pensional a favor del peticionario para lo cual deberá aplicarse integralmente lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998.

Tercero.- ORDENAR al representante legal de Porvenir S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la expedición del bono pensional a favor del peticionario, reconozca y pague la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Consta en su Pasaporte de la República de Francia y en su Cédula de Extranjería, que el peticionario nació el día 15 de agosto de 1938 (Folios 24 y 23 respectivamente, Cuaderno 2).

2 Folio 4, Cuaderno 2.

3 Folio 55, Cuaderno 2.

4 Folio 59, Cuaderno 2.

5 Folio 96, Cuaderno 2.

6 Respecto a este punto, se pueden consultar, entre muchas, las siguientes sentencias: T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000, T-398 y T-476 de 2001, T-947 de 2003 y T-620 de 2007.

8 Esta posición a sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-953 de 2008, T-700 de 2006, T-719 de 2003, T-789 de 2003 y T-1088 de 2007.

9 Así quedó dicho expresamente en la sentencia T-238 de 2009: “En lo que respecta a las personas que han alcanzado un grado avanzado de edad, el tratamiento constitucional que debe aplicarse es el de conceder el amparo de sus derechos fundamentales, a pesar de que exista la posibilidad de solicitar dichas prestaciones a través de los mecanismos judiciales que para el efecto tiene contemplada la ley”

10 En esta sentencia se resolvió un caso en el que el peticionario, de 67 años de edad,

demandó al Ministerio de Relaciones Exteriores porque su pensión fue liquidada con base en un ingreso base de cotización (I.B.C.) inferior al que realmente devengaba. La Corte afirmó que cuando la acción de tutela procede porque el medio de defensa ordinario es inadecuado para proteger los derechos del peticionario, procede como mecanismo definitivo de protección. Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 en el cual se establece que, en materia de causales de improcedencia del amparo constitucional, la existencia de otros medios de defensa judicial tiene que ser apreciada en concreto por el juez. En efecto, el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 de la Constitución debe poseer, al menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de los derechos fundamentales.

11 Respecto a este punto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-467 de 2007, T-801 de 2006 y T-910 de 2006.

12 La Ley 100 de 1993 en el artículo 61 establece: “ARTICULO 61. Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a) Los pensionados por invalidez por el Instituto Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público;

b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes”.

13 Folio 24, cuaderno 2.

14 Folio 23, cuaderno 2.

15 Folio 22, cuaderno 2.

16 Folio 41, Cuaderno 2.

17 Folios 12 y 13, Cuaderno 2.

18 Ibídem.

19 Folio 20, Cuaderno 2.

20 A este respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-237 de 2008, T-084 de 2006, T-518 de 1998, SU-837 de 1998 y C-1547 de 2000.

22 Así, en la sentencia T-084 de 2006, mediante la cual la Corte resolvió un caso en el que el peticionario demandó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por negarse a expedirle el bono pensional, basándose en la aplicación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, se afirmó que: “el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 establece el cumplimiento de ciertos requisitos para acceder a la pensión de invalidez o a la devolución del capital por cotizaciones a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, imposición que solo será posible si previamente se parte del presupuesto que el afiliado está en capacidad de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, porque el hecho de exigir al actor que cotice e imponerle una sanción por no hacerlo conociendo que físicamente está impedido, constituye una inequidad, pese a la constitucionalidad del artículo 61 en mención”.